

NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA 1/2020

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, por seu representante legal infra-assinado, em pleno exercício de suas atribuições junto à 1ª Procuradoria de Contas,

CONSIDERANDO que o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Federal n. 75/1993 c/c art. 80 da Lei Federal n. 8.625/1993, zelar pela defesa do patrimônio público, promovendo a defesa da ordem jurídica em face de ilegitimidade ou irregularidade de qualquer natureza, bem assim garantir a legalidade dos procedimentos licitatórios, visando resguardar a probidade da Administração Pública e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiro públicos, podendo, para tanto, prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

CONSIDERANDO que, a teor do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), c/c artigo 29, inciso I, e parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 95/1997, cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos poderes estaduais ou municipais e, no exercício dessas atribuições, promover recomendações dirigidas a órgãos e entidades, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito;



CONSIDERANDO a **CONCORRÊNCIA PÚBLICA 002/2019 DO DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E DE RODOVIAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DER-ES**, cujo objeto é a *“contratação de empresa para prestação de serviços especializados de engenharia consultiva para supervisão e apoio técnico as atividades de fiscalização técnica, ambiental e de regularidade trabalhista, fiscal e previdenciária das obras rodoviárias a serem executadas nas áreas sob jurisdição das Superintendências Executivas Regionais I, II, III (Norte e Sul) e Superintendência Executiva de Empreendimentos Urbanos, subdivididos em 5 lotes”*;

CONSIDERANDO que, para garantir que os contratos para realização das obras rodoviárias sejam executados regularmente, visando o bom uso dos recursos públicos, é indispensável acompanhá-los, bem como fiscalizá-los;

CONSIDERANDO que as contratadas devem manter, ao longo da execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, e, caso constatada alguma irregularidade fiscal ou trabalhista, o órgão contratante deve instaurar processo administrativo punitivo para aplicação das sanções administrativas previstas em lei (advertência, multa, suspensão temporária dos direitos de licitar e declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública), execução da garantia de contrato por eventuais prejuízos e/ou rescindir o contrato;

CONSIDERANDO que a ausência de regularidade trabalhista, fiscal e previdenciária do contratado pode acarretar responsabilidade subsidiária à Administração Pública, conforme Sumúla 331, IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho, competindo, assim, exclusivamente à administração pública o acompanhamento e fiscalização;

CONSIDERANDO que a Lei de Licitações e Contratos determinou que em todos os contratos celebrados com a Administração Pública seja designado um servidor para realizar essa tarefa e que o seu artigo 58, inciso III, atribui à Administração o poder dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com recursos públicos, os quais devem ser gastos visando a racionalização. Nesse sentido, o artigo 67 estabelece:



Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

CONSIDERANDO, portanto, que ainda que se possa contratar terceiros para assistência, como permitido pelo art. 67, o acompanhamento e fiscalização do contrato devem ser realizados pelo representante da Administração. Trata-se de atividade indelegável e a atuação de terceiros é de mera assistência;

CONSIDERANDO que justamente, de acordo com o artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 926/2019, “*constitui objetivo do DER-ES implementar, regulamentar e **FISCALIZAR** a Política Estadual de Transporte e Obras Públicas, compreendendo o gerenciamento de obras de edificações e de arte especial e de infraestrutura de logística rodoviária, ferroviária, hidrovial, aeroportuária e infraestrutura viária urbana vinculada aos objetivos do Estado do Espírito Santo*”;

CONSIDERANDO que, consoante artigo 46, I, também da LC nº 926/2019, “*às Superintendências Executivas Regionais competem exercer as atividades descentralizadas do DER-ES, sob supervisão técnica das Diretorias, dentre outras atribuições correlatas e complementares, na sua área de atuação e abrangência gerenciar e **FISCALIZAR** a execução indireta de obras e serviços de engenharia de qualquer natureza, relativos a obras de arte especial e de infraestrutura de logística rodoviária, ferroviária, hidrovial e aeroportuária, na sua área de atuação*”;

CONSIDERANDO que, na referida Lei, **ANEXO VIII** – Descrição sumária dos cargos integrantes do Quadro de Pessoal do DER-ES [...] – consta como atribuição dos servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo de **Técnico Superior Operacional Gerenciar**, “***FISCALIZAR*** e supervisionar empreendimentos, projetos, serviços e obras executadas

mediante contratos, convênios e outros instrumentos congêneres”, e de **Técnico Superior Operacional**, “**FISCALIZAR**, supervisionar e vistoriar as obras, serviços e projetos de engenharia/arquitetura, mediante contratos, convênios e outros instrumentos congêneres”;

CONSIDERANDO que a atividade de fiscalização/exercício de poder de polícia deve estar sempre afeta àqueles servidores públicos efetivos que têm uma relação mais estabilizada com a Administração Pública, através de vínculo estatutário e não meramente contratual, com garantias de segurança e independência para o exercício das elevadas missões, que exigem desempenho técnico isento, imparcial e obediente às diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público;

CONSIDERANDO que é cediço o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca da imprescindibilidade da aprovação em concurso público para o desenvolvimento de atividades com atribuições de poder de polícia:

Ementa: 1) MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. ENTIDADES CRIADAS POR LEI. **FISCALIZAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PÚBLICA.** DEVER DE PRESTAR CONTAS. **2) EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CRFB.** 3) DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PROFERIDA MESES DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO SIMPLIFICADA PELO IMPETRANTE. 4) SEGURANÇA DENEGADA. 5) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. **1. As autarquias, forma sob a qual atuam os conselhos de fiscalização profissional, que são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, é de rigor a obrigatoriedade da aplicação a eles da regra prevista no artigo 37, II, da CF/1988, quando da contratação de servidores. Precedentes (RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, DJe18/6/2012).** 2. In casu, o Acórdão nº 2.690/2009 do TCU determinou ao Conselho Federal de Medicina Veterinária que: “9.4.1. não admita pessoal sem a realização de prévio concurso público, ante o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e adote as medidas necessárias, no prazo de sessenta dias, a contar da ciência deste Acórdão, para a rescisão dos contratos ilegalmente firmados a partir de 18/5/2001;” 3. Segurança denegada. (STF, MS 28469/DF – Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento 09/06/2015).

CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo deu provimento a Pedido de Reexame (Processo TC 6168/2018) interposto por este órgão ministerial, anulando o Edital de Credenciamento n.º 001/2016, do IDAF, com o conseqüente descredenciamento das empresas já habilitadas, impedimento de novos credenciamentos e a retomada plena das

ações de inspeção de animais e subprodutos deles derivados pelos Agentes em Desenvolvimento Agropecuário (servidores públicos efetivos). Tal decisão extraiu como um de seus fundamentos o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (processo nº 0022483-35.2017.8.08.0000) da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.541/2016 – que autorizava tal credenciamento –, ante a “IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA À INICIATIVA PRIVADA DE ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO QUE ENVOLVE O PODER DE POLÍCIA EM SUA DIMENSÃO SANCIONATÓRIA, FISCALIZATÓRIA E DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA”. Senão vejamos:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 10.541/2016 E REGULAMENTAÇÃO POSTERIOR. INSTITUIÇÃO E REGIME EXCLUSIVO DE INSPEÇÃO SANITÁRIA DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL. MATÉRIA AFETA À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADO E DISTRITO FEDERAL. ESTADO FEDERADO QUE DETEM COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR ANTE A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA NO PLANO FEDERAL. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR QUE NÃO SE AFIGURA EM HARMONIA COM AS NORMAS GERAIS ESTABELECIDAS PELA UNIÃO. TRANSGRESSÃO AO ARTIGO 19, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA À INICIATIVA PRIVADA DE ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO QUE ENVOLVE O PODER DE POLÍCIA EM SUA DIMENSÃO SANCIONATÓRIA, FISCALIZATÓRIA E DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA. PRECEDENTES DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE COM EFEITOS EX NUNC.

CONSIDERANDO que em Incidente de Prejudgado também a Corte de Contas (Processo TC 6603/2016) reconheceu que a lei federal que trata da terceirização de atividade-fim (lei nº 6.019/1974, alterada pela lei nº 13.429/2017) não se aplica à Administração Pública, devendo sobre ela incidir as previsões do artigo 37, II e XXI, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1520/2006-Plenário, manifestou-se desfavoravelmente à terceirização de atividades-fim, nos seguintes termos:

Em face da permissão legal à terceirização no serviço público, faz-se necessário analisar seus limites. A terceirização sem freios configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública mediante seleção por concurso público. [...] Parece-nos bastante claro que **o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração**. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla a exigência constitucional do concurso público para o acesso



ao cargo, e, ainda, á própria lei trabalhista. Em resumo, **quanto a viabilidade legal de terceirização de serviços pela administração pública, pode-se concluir que tal prática é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros.** (grifo nosso)

CONSIDERANDO a gravidade das irregularidades vislumbradas na **Concorrência Pública 002/2019 do DER**, que caracterizam terceirização de atividades-fim da Administração Pública – e não mera assistência – e violação da LC nº 926/2019;

CONSIDERANDO que a Súmula 473 do STF estabelece que *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*;

RESOLVE:

1 – RECOMENDAR, com fundamento no art. 130 da Constituição Federal, no art. 29, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 95/1997 e no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n. 451/2008, ao **DIRETOR-PRESIDENTE DO DER, LUIZ CESAR MARETTO COURA**, sem prejuízo da adoção de outras medidas que julgue necessárias, que adote as providências necessárias à **ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 002/2019**, bem como que se abstenha de deflagrar novo certame eivado das ilegalidades elencadas nesta recomendação; e

2 – SOLICITAR à autoridade acima nominada, com fundamento no art. 130 da Constituição Federal, no art. 26, inciso I, alínea “b”, da Lei Federal n. 8.625/1993, no art. 27, § 2º, inciso I, alínea “b”, da Lei Complementar Estadual n. 95/1997 e no art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n. 451/2008, que, no prazo de 10 (dez) dias, comunique ao Ministério Público de Contas o cumprimento da presente recomendação.



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

1º Procuradoria de Contas

Adverte-se que esta Recomendação dá ciência ao destinatário quanto às providências solicitadas, podendo a omissão na adoção das medidas recomendadas implicar o manejo de todas as medidas legais cabíveis.

Vitória, 2 de setembro de 2020.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas